

Do concurso de pessoas

José Francisco Cagliari

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Concurso necessário e concurso eventual de pessoas 3. Autoria: conceito dogmático – Teorias: 3.1 Teoria subjetiva-causal ou extensiva; 3.2 Teoria formal-objetiva ou restritiva; 3.3 Teoria final-objetiva ou do domínio do fato; 3.4 A orientação do nosso Código Penal 4. Concurso de pessoas: conceito e natureza jurídica – Teorias: 4.1 Teoria monista ou unitária; 4.2 Teoria pluralista ou pluralística; 4.3 Teoria dualista ou dualística; 4.4 Críticas – A orientação do nosso Código Penal 5. Formas de concurso de pessoas: 5.1 Co-autoria; 5.2 Participação 6. Natureza jurídica da participação – Teorias da acessoriedade 7. Formas de participação: 7.1 Participação moral: o induzimento e a instigação; 7.2 Participação material: a cumplicidade; 7.3 Participação imprópria: o favorecimento 8. Requisitos do concurso de pessoas: 8.1 Pluralidade de condutas; 8.2 Relevância causal das condutas; 8.3 Liame subjetivo e normativo – A autoria colateral e a autoria incerta; 8.4 Identidade de fato 9. Autoria mediata 10. Concurso de pessoas em crimes culposos 11. Concurso de pessoas em crimes omissivos 12. Punibilidade no concurso de pessoas: 12.1 Participação de menor importância; 12.2 Cooperação dolosamente distinta; 12.3 Circunstâncias comunicáveis e incommunicáveis; 12.4 Impunibilidade; 12.5 Circunstâncias agravantes Bibliografia.

1. Introdução

O crime nem sempre é obra de uma única pessoa. Não raro, a infração penal é produto da concorrência de vários comportamentos, de diversos sujeitos. Por motivos os mais variados – para garantir a sua execução; para assegurar a impunidade; para conjugar interesses convergentes etc. – podem várias pessoas reunir-se para a prática de determinado fato delituoso. Tem-se, então, o chamado concurso de pessoas, fenômeno também conhecido por concurso de agentes, concurso de delinquentes, co-delinqüência, co-autoria, participação, co-participação, ou *concursum delinquentium*.

2. Concurso necessário e concurso eventual de pessoas

Em tema de pluralidade de agentes, cabe diferenciar entre concurso necessário e concurso eventual de pessoas. No primeiro caso, a pluralidade de agentes é da essência do próprio tipo penal, é seu elemento. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de rixa (CP, art. 137), de bigamia (CP, art. 235), de adultério (CP, art. 240), de bando ou quadrilha (CP, art. 288), que exigem, para a sua

configuração, a participação de mais de uma pessoa. Tais são os chamados crimes plurissubjetivos. A pluralidade de agentes é elemento do tipo, integrando a figura delitiva. Em situações tais, cada concorrente responde pelo crime, mas este somente se integra quando os outros concorrentes contribuem para a sua formação.

Os crimes plurissubjetivos, conforme o modo de sua execução, subdividem-se em crimes de condutas paralelas, crimes de condutas convergentes e crimes de condutas contrapostas. “Há plurissubjetivismo de condutas paralelas”, ensina Frederico Marques, “quando as ações de cada um dos sujeitos se desenvolvem em colaboração, no mesmo plano e direção, tendo em vista um mesmo resultado, como no crime de paralisação do trabalho (CP, arts. 200 e 201) e no de esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º, inciso II, 3ª figura)”⁽¹⁾. É o que se verifica, também, no crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288). Há, aqui, condutas de auxílio mútuo. Nos crimes de condutas convergentes, estas partem de pontos opostos e, desenvolvendo-se em colaboração, tendem a encontrar-se, com o que se constitui a figura delituosa. É o que se verifica nos crimes de bigamia (CP, art. 235) e de adultério (CP, art. 240). Por derradeiro, nos crimes de condutas contrapostas, os comportamentos, partindo também de pontos opostos, desenvolvem-se um contra o outro, como se verifica na rixa (CP, art. 137).

De outro lado, existem os crimes monossubjetivos (ou unissubjetivos), que são os delitos que podem ser praticados por um único sujeito, mas que, eventualmente, são cometidos por mais de um agente. Fala-se, então, em concurso eventual de pessoas.

Desse fenômeno trata o Código Penal em seu Título IV, da Parte Geral (CP, arts. 29 a 31).

3. Autoria: conceito dogmático – Teorias

O estudo do concurso de pessoas obriga, necessariamente, à análise do conceito de autoria. Diversas teorias foram formuladas, em nível dogmático, para preencher o conceito do que se deve entender por autor do crime. Cumpre examiná-las.

3.1 Teoria subjetiva-causal ou extensiva

Consoante a denominada teoria subjetiva ou subjetiva-causal, o conceito de autor assume um caráter extensivo (daí também falar-se em teoria extensiva). Fundamenta-se na causação do resultado: “é autor todo aquele

(1) JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Tratado de Direito Penal”, vol. II, Ed. Bookseller, 1ª ed. atual, 1997, pág. 398.

que gerou uma condição para a causação do resultado típico”⁽²⁾ Está intimamente vinculada com a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), adotada quanto ao nexo de causalidade. Autor, assim, não é somente aquele que realiza as características do tipo, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado. Não se faz, assim, distinção entre autor e partícipe. Afinal, se há uma plena equivalência de todas as condições causadoras do resultado, não é possível diferenciar-se entre aquele que executa materialmente o verbo núcleo do tipo e um outro, que de qualquer outra forma, contribui para produção do evento típico.

Verifica-se que esta orientação reflete-se na teoria monista ou unitária do crime, como exposta no item nº 4.1, *infra*.

3.2 Teoria formal-objetiva ou restritiva

Contrapondo-se a esse pensamento, surge a teoria formal-objetiva, que formula um conceito restrito de autor (daí falar-se em teoria restritiva). Segundo esta corrente, autor é o executor material do fato criminoso, ou, como escreve Soler, “é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva”⁽³⁾ É o que mata, o que subtrai, constrange, destrói etc., praticando o núcleo do tipo. O conceito de autor, portanto, fica vinculado ao tipo penal incriminador (relação “autoria-tipicidade”). Se autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo, partícipe é aquele que pratica comportamentos em princípio atípicos, e que restariam impunes, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse, ampliando o raio da punibilidade (adequação típica de subordinação mediata, ampliada ou por extensão). Esse conceito, entretanto, como bem observa Mirabete,⁽⁴⁾ peca por excluir aquele que comete o crime valendo-se de quem não age com culpabilidade (o menor, o insano mental etc.), confundindo autor mediato com partícipe.

3.3 Teoria final-objetiva ou do domínio do fato

Uma terceira corrente, formulada principalmente pela doutrina alemã,⁽⁵⁾ e de inquestionável inspiração finalista, conceitua o autor como aquele que tem o domínio do fato. Cuida-se de um critério final-objetivo (daí falar-se

(2) ENRIQUE CURY URZUA, “Derecho Penal” Parte General, vol II/231, 1985, apud ALBERTO SILVA FRANCO e outros, “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”, Ed. RT, 6ª ed., 1997, vol. 1, t. 1, pág. 445.

(3) SEBASTIAN SOLER, “Derecho Penal argentino”, Buenos Aires, IEA, 1978, t. 2, pág. 244, apud DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal”, 1ª vol., Ed. Saraiva, 21ª ed., 1998, pág. 403.

(4) JULIO FABBRINI MIRABETE, “Manual de Direito Penal”, vol. 1, Ed. Atlas, 10ª ed., 1996, pág. 230.

(5) HANS WELZEL, “Derecho Penal alemán”; REINHART MAURACH, “Tratado de Derecho Penal”, apud JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, “O concurso de pessoas e o novo Código Penal”, RT 680/292-317.

em teoria final-objetiva), e que representa, segundo Silva Franco,⁽⁶⁾ o ponto de encontro, o estuário das duas primeiras teorias (chama-a, por isso, de objetivo-subjetiva). Partindo de um conceito restrito de autor e, portanto, da consideração de que a autoria deve estar necessariamente conectada com o tipo incriminador, conclui que não basta a mera realização objetiva do comportamento típico descrito na norma incriminadora. É necessário, ainda, um teor de subjetividade, isto é, que o comportamento típico surja como expressão de uma vontade que comanda o curso do acontecimento. Autor, assim, é aquele que tem o controle subjetivo do fato, e atua no exercício desse controle; é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Por outras palavras, autor é quem possui o domínio final da ação, e por isso pode decidir sobre a consumação do fato típico, ainda que não tome parte na sua execução material. Com tal proposição, é autor aquele que se serve de outrem, não imputável, para a prática do fato criminoso (autoria mediata), porque conserva, em suas mãos, o comando da ação criminosa.

Com fundamento nesse raciocínio, sustenta Silva Franco, que “o chefe de uma quadrilha de roubos a estabelecimentos bancários, que planeja a ação delituosa, escolhe as pessoas que devam realizá-la, distribuindo as respectivas tarefas, e ordena a concretização do crime, contando com a fidelidade de seus comandados, não é um mero participante, mas, sim, autor porque possui o domínio final da ação, ainda que não tome parte na execução material do fato criminoso”⁽⁷⁾ Criticando o posicionamento, escreve Mirabete⁽⁸⁾ que o inconveniente dessa concepção é considerar-se que os executores da ação típica não seriam autores, mas partícipes, o que é inadequado.

3.4 A orientação do nosso Código Penal

O Código Penal de 1940 adotou, indisfarçavelmente, a teoria extensiva (subjetiva-causal), como corolário da teoria da equivalência das causas: “O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do

(6) ALBERTO SILVA FRANCO e outros, “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”, Ed. RT, 6ª ed., 1997, vol. 1, t. 1, pág. 446.

(7) *Idem*, *ibidem*.

(8) JULIO FABBRINI MIRABETE, *ob. cit.*, pág. 231.

projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incindível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo...⁽⁹⁾

A reforma penal abandonou essa orientação. Entretanto, divergem os autores sobre a opção do legislador de 1984. Assim, boa parte dos doutrinadores entende que, diante da aceitação da teoria finalista da ação, o Código passou a adotar a teoria do domínio do fato.⁽¹⁰⁾ Outros, como Damásio⁽¹¹⁾ e Mirabete⁽¹²⁾ sustentam que a nova Parte Geral do Código acolheu a teoria restritiva, eis que o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 29 distinguem nitidamente entre autor e partícipe. Um e outro, porém, acolhendo esta concepção, acrescentam que, autor, além do executor material da conduta expressa pela verbo núcleo do tipo, é também aquele que a realiza por intermédio de outrem (autoria mediata). Assim também se pronuncia Fragoso.⁽¹³⁾

4. Concurso de pessoas: conceito e natureza jurídica – Teorias

O concurso de pessoas, consoante a definição de Noronha,⁽¹⁴⁾ é a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Ocorre, nessa situação, uma convergência de vontades para um fim comum, que é a efetiva realização do tipo penal, sendo dispensável a existência de um prévio ajuste ou concerto entre essas vontades. Basta a adesão, consciente e voluntária, de uma pessoa à conduta da(s) outra(s) para que se verifique o *concursum delinquentium*.

Considerando a pluralidade de condutas, ínsita ao concurso de pessoas, várias são as teorias formuladas, na pesquisa de sua natureza jurídica, procurando estabelecer se existe, na hipótese, um único ou vários delitos.

(9) “Exposição de Motivos do Código Penal de 1940”, item 22.

(10) Ver, a propósito: JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, “O concurso de pessoas e o novo Código Penal”, RT 680/292-317; MANOEL PEDRO PIMENTEL, “A teoria do crime na reforma penal”, RT 591/294.

(11) DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Direito Penal”, 1ª vol., Ed. Saraiva, 21ª ed., 1998, pág. 403.

(12) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 231.

(13) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, Ed. Forense, 14ª ed., 1992, pág. 252.

(14) EDGARD MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 214.

4.1 Teoria monista ou unitária

Segundo a concepção tradicional da teoria monista (ou unitária), a pluralidade de pessoas e a diversidade de comportamentos não impedem a unidade de crime. Assim, ainda que praticado em concurso de vários indivíduos, o delito permanece único e indivisível. Todos que contribuem para a sua integração, cometem o mesmo crime. Há, pois, uma pluralidade de agentes e uma unidade de crime. Reveste, portanto, um caráter puramente objetivo. Foi essa a teoria acolhida pelo Código Penal de 1940, ao dispor, em seu art. 25 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Não se distingue entre as várias categorias de pessoas (autor, partícipe, instigador, cúmplice etc.), sendo todos autores (ou co-autores) do delito. “Se o crime é incindível, do ponto de vista material ou técnico, também o é do ponto de vista jurídico”, dizia a Exposição de Motivos.⁽¹⁵⁾

4.2 Teoria pluralista ou pluralística

Consoante a chamada teoria pluralística (ou pluralista), a multiplicidade de agentes implica em um efetivo concurso de condutas distintas e, como consequência, uma pluralidade de delitos, praticando cada um dos concorrentes um crime próprio, autônomo. Há uma pluralidade de agentes e uma pluralidade de crimes. Aliás, observa Noronha, “não há, para essa teoria, participação, mas sim simultaneidade de delitos”.⁽¹⁶⁾ Considerando cada um dos participantes como responsável por um crime próprio, e punível em conformidade com o seu significado anti-social, a orientação assume uma concepção eminentemente subjetiva (ao contrário da teoria unitária, que é objetiva).

4.3 Teoria dualista ou dualística

Há, ainda, uma terceira orientação, segundo a qual, no concurso de pessoas há um crime para os autores e outro para os partícipes. É a chamada teoria dualista (ou dualística), sustentada por Manzini.⁽¹⁷⁾ Conforme esta concepção, existe no delito uma ação principal, que é a do autor do crime, o que executa o comportamento típico, e ações secundárias, acessórias, que são aquelas realizadas por pessoas que auxiliam, moral ou materialmente, o autor a cometê-lo.

4.4 Críticas – A orientação do nosso Código Penal

Nenhuma das teorias, porém, está imune de críticas. Assim, a corrente pluralística peca por considerar que as condutas de cada um dos participantes

(15) “Exposição de Motivos do Código Penal de 1940”, item 23.

(16) EDGARD MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 215.

(17) VINCENZO MANZINI, “Trattato di Diritto Penale”, apud E. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., págs. 215/216.

são autônomas, constituindo, cada uma, um crime em si mesmo. Com efeito, se único é o resultado, que deriva de todas as causas diversas, não há como sustentar-se a multiplicidade de delitos. Os comportamentos de cada um dos participantes do fato único não são autônomos, antes, convergem para um fim único, que é a produção do evento típico.

Por idêntica razão falha a orientação dualista. O crime é um só fato, único e indivisível, não se podendo reconhecer a dualidade de delitos preconizada por essa teoria.

Mas também a teoria monista não está isenta de falha. E a crítica que se lhe apontam os doutrinadores decorre da equiparação entre autor e partícipe. Não se pode desconhecer a realidade de que nem sempre é autor aquele que contribui com uma causa para o resultado, e de que a própria lei estabelece exceções no tratamento penal daquele que quis participar de um crime menos grave, ou do que teve uma participação menor no fato.

O legislador de 1984, ao dispor, no art. 29, *caput*, do Código Penal, que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, permaneceu acolhendo, em princípio, a teoria monista (adotada pelo Código de 1940, em seu art. 25), segundo a qual, no concurso eventual de pessoas, há um só crime, a que respondem todos os participantes, incidindo na mesma pena abstratamente fixada. Esse o pensar de Damásio, Mirabete e Dotti,⁽¹⁸⁾ com a ressalva de que, sensível às críticas à essa orientação, buscou fixar regras para a distinção entre a autoria e a participação, como, aliás, reconhece a Exposição de Motivos.⁽¹⁹⁾

5. Formas de concurso de pessoas

Como consignou-se algures (item nº 3.4, *supra*), divergem os nossos doutrinadores sobre a teoria adotada pelo Código pátrio quanto ao conceito de autor. É inegável, contudo, que o legislador de 1984 buscou estabelecer regras que distinguem, nitidamente, o autor do partícipe. Pode-se, afirmar, por isso, que acolheu, como ponto de partida, o conceito formal-objetivo (restritivo) de autor. Adotada essa concepção, segundo a qual, autor é aquele que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva, constata-se que o concurso de pessoas admite duas formas: a co-autoria e a participação.

(18) DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Direito Penal”, 1ª vol., Ed. Saraiva, 21ª ed., 1998, pág. 406; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Manual de Direito Penal”, vol. 1, Ed. Atlas, 10ª ed., 1996, pág. 227; RENÉ ARIEL DOTI, “O concurso de pessoas”, Ciência Penal, vol. 1, Ed. Forense, 1981, pág. 100, *apud* JULIO F. MIRABETE, ob. cit., pág. 227.

(19) “Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84”, item 25.

5.1 Co-autoria

“Dá-se a co-autoria”, escreve Damásio, “quando várias pessoas realizam as características do tipo”⁽²⁰⁾ Assim, co-autor é “quem executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito”⁽²¹⁾ Se duas pessoas ofendem a integridade física de outrem, são co-autoras do crime previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal, porque ambas praticaram o núcleo do tipo em questão, que é o verbo ofender. A co-autoria é, pois, em última análise, a própria autoria.

Tal não implica, todavia, que devam todos os agentes colaborar em cada ato efetivo da execução material da infração. São co-autores, assim, tanto aqueles que ameaçam a vítima, como os que despojam-na de seus pertences, no crime de roubo. O mesmo se diga em relação ao crime de estupro. São co-autores tanto o que constrange a mulher, como aquele que com ela mantém a conjunção carnal. A idéia de co-autoria repousa na concepção de divisão da tarefa. Mas divisão de trabalho com nexos subjetivo, que unifica a conduta de todos. Os comportamentos realizados em co-autoria caracterizam-se pela circunstância de que os cooperadores, conscientemente, conjugam seus esforços no sentido da produção do mesmo evento.

5.2 Participação

Fala-se em participação, em sentido estrito, quando o sujeito, embora não praticando atos executórios do crime, concorre, de qualquer modo, para a sua realização. O partícipe não realiza o comportamento descrito pelo tipo incriminador, mas sim uma atividade que contribui para a formação do delito. Trata-se de uma conduta que, em si mesmo, não reveste tipicidade, e que somente adquire relevância penal se e quando o autor, ou co-autores, iniciam, ao menos, a execução do crime.

Então, a conduta do partícipe não se amolda, desde logo, à figura típica. A situação, leciona Damásio,⁽²²⁾ “relaciona-se com a teoria da adequação típica. Esta cuida da subsunção da conduta ao tipo legal. Possui duas formas: a) adequação típica de subordinação imediata, através da qual o comportamento se amolda ao preceito primário da norma de incriminação de forma direta, sem o auxílio de outra disposição; b) adequação típica de subordinação mediata”. Nesta, também chamada adequação típica de subordinação ampliada, por extensão ou indireta, “o comportamento não se amolda imediatamente na descrição legal do crime, havendo necessidade de outro dispositivo para

(20) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., pág. 405.

(21) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob. cit., pág. 253.

(22) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., págs. 408-409.

o enquadramento. É o que ocorre na participação, em que, com o auxílio do art. 29, há ampliação espacial e pessoal da figura típica, abrangendo ela não somente os fatos definidos no preceito primário da norma, mas também aqueles que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime". E, citando Soler, conclui: "a participação amplia o círculo do sujeito imputável, abrangendo ações laterais. Então, o tipo passa a abranger não somente a conduta principal, mas qualquer outra, secundária, que concorre para a integração do crime"⁽²³⁾

A esse fenômeno parte da doutrina atribui a nomenclatura de tipicidade indireta.⁽²⁴⁾

6. Natureza jurídica da participação – Teorias da acessoriedade

Vê-se, do exposto, que a participação encerra uma idéia de acessoriedade, de dependência. Quem participa não realiza fato próprio, mas contribui para fato que está sob o domínio de outrem. Os atos de participação, por não integrarem elemento algum da figura típica, não são puníveis por si mesmos. A sua punibilidade não deixa de ser uma acessão à punição do fato do autor ou executor. Assim, não há falar em participação sem que haja um comportamento principal, sem que alguém realize atos de execução do crime.

Indisfarçável, portanto, o caráter de acessoriedade da participação em relação ao fato principal. O nosso Código deixa evidente a aceitação da teoria da acessoriedade ao dispor, no art. 31, que "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado".

Mas, a teoria da acessoriedade também se subdivide em quatro orientações, conhecidas por: a) acessoriedade mínima; b) acessoriedade limitada; c) acessoriedade extrema; e d) hiperacessoriedade.

Consoante a teoria da acessoriedade mínima, basta que a conduta do partícipe aceda a um comportamento principal que constitua fato típico. Para a teoria da acessoriedade limitada, o comportamento do partícipe deve ligar-se a uma conduta principal típica e antijurídica. Já a teoria da acessoriedade extrema exige que o comportamento principal, a que acede a conduta do partícipe, seja um fato típico, antijurídico e culpável. Por derradeiro, a hiperacessoriedade impõe que em relação ao partícipe também concorram as circunstâncias de agravamento e atenuação da pena que existem em relação ao autor principal.

(23) SEBASTIAN SOLER, *"Derecho Penal argentino"*, Buenos Aires, IEA, 1978, t. 2, pág. 173, *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, *ob. cit.*, págs. 408-409.

(24) JULIO FABBRINI MIRABETE, *ob. cit.*, pág. 113.

A adoção de uma ou outra dessas orientações guarda relação direta com a estrutura geral do delito que se sustente. Assim, para os partidários da teoria causal da ação (em que a culpabilidade contém o dolo), somente é admissível a teoria da acessoriedade extrema, exigindo-se, para a configuração da participação, que a conduta do autor principal constitua fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, apresenta ela defeito. Suponha-se que o autor do crime (executor do fato principal) seja inimputável. Não haveria participação, pois a conduta principal não seria culpável.

A teoria da acessoriedade mínima também não pode ser aceita. A simples tipicidade do comportamento principal não é suficiente para a existência da participação. Afinal, é possível que esse comportamento principal (do autor) constitua fato típico, sem que respondam, ele e o eventual partícipe, por crime algum. É o que se verifica quando esse comportamento principal (do autor) está acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude. Caso contrário poder-se-ia incidir no seguinte erro: aquele que induzisse outro a agir em legítima defesa, vindo a morrer o agressor, responderia pelo crime de homicídio, enquanto o executor da morte estaria acobertado pela excludente de antijuridicidade.

A hiperacessoriedade também não pode prosperar. Basta considerar que a própria disposição do art. 30 do Código Penal afasta a comunicação das circunstâncias e das condições de caráter pessoal, quando não constituem elementos do tipo.

Prevalece, pois, a teoria da acessoriedade limitada, aliás, já sustentada por Welzel, segundo quem, "para a punibilidade da participação basta que o fato principal seja típico e antijurídico"⁽²⁵⁾

7. Formas de participação

Não cuidou o legislador pátrio de classificar, expressamente, as formas de participação, embora refira-se o art. 31 do Código a algumas modalidades. A doutrina, todavia, costuma classificá-la em: a) participação moral; e b) participação material.

7.1 Participação moral: o induzimento e a instigação

Participação moral, segundo escreve Damásio, "é o fato de inculcar na mente do autor principal o propósito criminoso, ou reforçar o preexistente"⁽²⁶⁾. Frederico Marques, de sua vez, ensina que "moralmente participa-se de um delito quando se provoca ou suscita o propósito delituoso em alguém,

(25) HANS WELZEL, *"Derecho Penal alemán"*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pág. 161, n.º 2, a; *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, *ob. cit.*, pág. 410.

(26) DAMÁSIO E DE JESUS, *ob. cit.*, pág. 420.

ou se lhe reforça o já existente”⁽²⁷⁾ Reconhece-se, assim, duas modalidades distintas: o induzimento e a instigação.

O induzimento (ou determinação) é a conduta do sujeito que provoca a ação criminosa na pessoa que executa o crime. Induzir é plantar no espírito alheio o desígnio delituoso. Suponha-se que B e C discutam, não restando qualquer resquício de ressentimento. Após, A incute na mente de B a idéia homicida contra C⁽²⁸⁾ A característica da determinação é a inexistência da resolução criminosa na pessoa do autor principal. É o partícipe que, com o seu agir, faz nascer na mente do autor o propósito delituoso.

Tratando-se o induzimento de conduta acessória, somente será punível se o comportamento do autor induzido (ou determinado) constituir atos de execução do delito. Se a determinação não é acolhida por quem seria o autor principal, ou, se embora acolhido o induzimento, o crime não chega a ser tentado, ambos os sujeitos não são punidos (CP, art. 31). Irrelevante, outrossim, é o tempo que medeia entre o induzimento e a efetiva prática criminosa. A determinação ou induzimento pode apresentar-se sob várias formas: mandato, paga, promessa de pagamento ou vantagem, artifício etc.

Instigar é a conduta de incitar, reforçar, acoroçoar ou estimular uma preexistente resolução criminosa. Apresenta-se de duas maneiras: a) mediante reforço ou estímulo à resolução do autor principal de cometer o delito; b) mediante a promessa de auxílio material ou moral após a prática do crime. Em ambas as hipóteses, porém, exige-se uma preexistente resolução delituosa por parte do autor principal (do contrário ocorre o induzimento e não a instigação).

7.2 Participação material: a cumplicidade

A participação material, na expressão de Damásio, “é o fato de insinuar-se alguém no processo de causalidade física do delito”⁽²⁹⁾ É o auxílio, que corresponde à antiga cumplicidade. Pode ser prestado na preparação do delito, como nas hipóteses do fornecimento de informações úteis, de armas, ou utensílios para a execução do crime; como durante a sua execução, em que insere-se, por exemplo, a vigilância exercida, pelo partícipe, durante a execução do delito, para que os autores não sejam surpreendidos.

7.3 Participação imprópria: o favorecimento

Pierangeli⁽³⁰⁾ lembra a classificação doutrinária entre participação própria e imprópria. Caracteriza-se a primeira pela intervenção do partícipe

(27) JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., págs. 414/415

(28) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., pág. 421.

(29) *Idem*, *ibidem*, pág. 421

(30) JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, artigo citado, págs. 302-306

no fato alheio, com anterioridade, ou pelo menos coetaneamente com o momento da execução. Na participação imprópria, a intervenção do partícipe no fato alheio ocorre após a execução do delito. Recebe esta o nome de favorecimento. Mas, como reconhece o renomado Professor, tal distinção perdeu muito de relevo. É que, na evolução que se processou nos sistemas legislativos, essa forma de participação praticamente desapareceu, dando lugar a figuras delitivas independentes, como ocorre com a nossa que, mesmo datando de mais de meio século, elevou o favorecimento à condição de delitos autônomos. Assim, consoante o nosso direito positivo, o favorecimento ora insere-se entre os crimes contra a administração da Justiça (CP, art. 348, favorecimento pessoal; e art. 349, favorecimento real), ora entre os delitos patrimoniais (CP, art. 180, receptação).

Justifica-se a evolução porquanto sendo a participação uma conduta acessória, dependente do comportamento principal, não se concebe possa verificar-se quando este comportamento já se realizou. Não há como participar (tomar parte) em algo que já se consumou. Então, ou o favorecimento constitui delito autônomo, ou um indiferente penal.

8. Requisitos do concurso de pessoas

Retomando a definição proposta por Noronha (item nº 4, *supra*), de que o concurso de pessoas é “a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”, pode-se extrair os requisitos que lhe são indispensáveis: a) pluralidade de condutas; b) relevância causal de cada uma das condutas; c) liame subjetivo e normativo entre os vários participantes; e d) identidade de fato.

8.1 Pluralidade de condutas

Concorrendo mais de uma pessoa para a prática do crime, é intuitivo que cada uma terá conduta diversa da outra. E, as ações ou omissões de cada participante, na produção do resultado típico, não são idênticas. Há aqueles que realizam atos de execução (autores ou co-autores); outros, de sua vez, praticam comportamentos que, sem o caráter de executoriedade, se inserem na cadeia causal de produção do resultado lesivo. São os partícipes, cujas ações ou omissões assumem relevância penal em face da norma de extensão do art. 29, *caput*, do Código Penal. Como escreve Esther de Figueiredo Ferraz, “embora queiram todos os participantes contribuir com sua conduta para a realização do fato criminoso, não o fazem da mesma forma, nem em idênticas condições. Ao passo que um ou alguns dos agentes executam o ato material característico, típico, da infração, limitam-se outros a

determinar, a instigar, a auxiliar física ou moralmente o executor ou executores, praticando atos que, em si mesmo, não são criminosos”⁽³¹⁾

8.2 Relevância causal das condutas

Havendo condutas de várias pessoas, é indispensável que haja, do ponto de vista objetivo, um nexos causal entre cada uma delas e o resultado. As várias ações ou omissões devem constituir procedimentos de contribuição ao delito, ou, pelo menos, antecedentes causais necessários à sua produção. No dizer de Ranieri, “é preciso assim que a conduta tenha sido eficaz, ou provocando o surgir de outra, ou lhe facilitando, propiciando ou possibilitando o seu desenrolar, ou então dirigindo-se no mesmo sentido para incidir sobre idêntico objeto”⁽³²⁾ Por outras palavras, impõe-se a eficácia das condutas distintas para provocar ou facilitar a produção do resultado típico.

É preciso, portanto, que cada uma das várias condutas tenha relevância causal no processo de realização do delito. Sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não há falar em concurso de agentes. Assim, a simples manifestação de adesão a uma prática delituosa não é participação. O aplauso íntimo, o propósito interior de participar do crime, o desejo de que o delito se realize e se consuma não constituem atos de contribuição para produzir o evento típico, e, por isso, não configuram a participação punível. Vale aqui a máxima *cogitationis poenam nemo patitur*.

8.3 Liame subjetivo e normativo – A autoria colateral e a autoria incerta

Todavia, a existência de várias condutas de diversos participantes, ligadas ao fato material pelo nexos da causalidade física, não basta para a existência do *concurso delinquentium*. Imprescindível é o liame psicológico entre os vários concorrentes, por meio do qual cada um tenha consciência de contribuir para a realização da obra comum. Como lecionava Carrara, “concorre ao delito com vontade e com ação todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em alguns dos atos que constituem o seu elemento material”⁽³³⁾ Assim, paralelamente ao nexos objetivo (relação de

causalidade), deve existir o vínculo subjetivo (vontade de contribuir para o crime). À causalidade física há que se acrescentar a causalidade psíquica.

Mas, esse liame subjetivo, sem o qual não se pode haver cooperação e concurso, exige o entendimento recíproco, o acordo prévio, o acordo de vontades concertado em combinação anterior (*pactum sceleris*). Basta, como leciona Nelson Hungria, “a voluntária adesão de uma vontade a outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe”⁽³⁴⁾

É suficiente, pois, para a configuração do concurso de agentes, que uma vontade adira a outra. Tal é a hipótese, sempre lembrada pelos doutrinadores, do empregado que, percebendo que o ladrão está rondando a residência, para vingar-se do patrão, deliberadamente deixa aberta a porta, facilitando a prática do furto. Há participação, não obstante desconhecesse o ladrão a colaboração do criado. Daí afirmar-se⁽³⁵⁾ que somente em relação ao partícipe é necessário o elemento subjetivo da participação. Este pode faltar ao autor. Aliás, como afirmou-se linhas volvidas, a participação pode até ser recusada pelo autor (executor) do delito. Suponha-se que A, sabendo que B vai matar C, dissesse a B que tiraria a arma de C, facilitando-lhe o homicídio, e B recusasse o auxílio. Ainda assim haveria participação se A furtasse a arma de C, pois houve adesão de sua vontade à vontade de B.⁽³⁶⁾

Não é só, porém. Exige-se homogeneidade de elemento subjetivo-normativo. Significa dizer que autor e partícipe devem agir com o mesmo elemento subjetivo (dolo), ou normativo (culpa). Havendo heterogeneidade, não ocorrerá o concurso de pessoas. Assim:

1ª) não há participação dolosa em crime culposo. Ex : A, desejando matar C, entrega a B uma arma, fazendo-o supor que está descarregada e induzindo-o a acionar o gatilho na direção da vítima. B, imprudentemente, aciona o gatilho e mata C. Não há participação criminosa, mas dois delitos: homicídio doloso em relação a A; homicídio culposo em relação a B.

2ª) não há participação culposa em crime doloso. Ex : um médico, negligentemente, entrega a uma enfermeira um veneno, supondo-o substância medicinal. Ela, percebendo o engano, mas com intenção de matar o doente, ministra-lhe a substância letal. Há dois

(31) ES IHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, “A co-delinquência no moderno Direito Penal brasileiro”, 1947, pág. 25, *apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob cit*, pág. 406.

(32) SILVIO RANIERI, “*Diritto Penale, Parte Generale*”, 1945, pág. 316, *apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob cit*, pág. 407.

(33) FRANCESCO CARRARA, “*Programma del corso di Diritto Criminale*”, trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, Ed. Saraiva, 1956, vol. 1, pág. 327, *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, *ob cit*, pág. 415.

(34) NÉLSON HUNGRIA, “Comentários ao Código Penal”, vol. I, pág. 553, *apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob cit*, pág. 408.

(35) GIUSEPPE BETTIOL, “*Diritto Penale*”, pág. 435; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Tratado de Direito Penal”, Ed. Saraiva, 1956, pág. 315; ANÍBAL BRUNO, “Direito Penal”, Ed. Forense, 1978, pág. 262, *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, *ob cit*, pág. 416.

(36) Exemplo de DAMÁSIO E DE JESUS, *ob cit*, pág. 416.

crimes: homicídio culposo por parte do médico; homicídio doloso em relação à enfermeira.⁽³⁷⁾

Como escreve Damásio,⁽³⁸⁾ a ausência do vínculo subjetivo entre os participantes pode levar à situação conhecida por autoria colateral ou à autoria incerta. Verifica-se a primeira (autoria colateral) quando os agentes, desconhecendo cada um a conduta do outro, realizam atos convergentes à produção do mesmo resultado, mas que ocorre em face do comportamento de um só deles. Suponha-se que A e B, pretendendo matar C com tiros de revólver, postem-se de emboscada, ignorando cada um o comportamento do outro. Ambos atiram na vítima, que vem a falecer unicamente em consequência dos ferimentos causados pelos projéteis disparados por A. Não há co-autoria nem participação. A responde por homicídio consumado; B, por tentativa de homicídio. Se estivesse presente o vínculo subjetivo, A e B responderiam por homicídio consumado em face da co-autoria.⁽³⁹⁾

Uma outra hipótese é a da chamada autoria incerta. Ocorre esta quando, na autoria colateral, não se apura a quem atribuir a produção do evento. Suponha-se, no exemplo anterior, que não se consiga apurar quais dos projéteis efetivamente produziu a morte da vítima, se os disparados por A ou os disparados por B. Qual a solução? A lei não oferece solução. Condená-los por homicídio consumado não seria correto, eis que, um deles não teria consumado o crime. Absolvê-los é igualmente injusto, uma vez que praticaram, pelo menos, uma tentativa de homicídio. Aí está a solução possível: puni-los como autores de tentativa de homicídio.⁽⁴⁰⁾

Tal solução, entretanto, nem sempre é possível. Cita Noronha⁽⁴¹⁾ o exemplo de duas pessoas que querem envenenar uma terceira, desconhecendo cada qual a intenção da outra. Ambas deitam certa substância na água que a vítima vai beber, apurando-se, posteriormente, que uma delas ministrou um líquido inócuo, sem se saber, porém, qual delas o fez. Nessa hipótese um dos agentes é inocente, por haver praticado um crime impossível, por ineficácia absoluta do meio. E, na iminência de condenar-se um inocente, impõe-se a absolvição de ambos.

8.4 Identidade de fato

Por derradeiro, o concurso de pessoas implica na identidade de fato, ou de infração para todos os participantes. Tal decorre do princípio

(37) *Idem, ibidem*, págs. 416-417.

(38) *Idem, ibidem*, págs. 418 e 430.

(39) No mesmo sentido: EDGARD MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 218.

(40) Opinião de DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., pág. 430.

(41) EDGARD MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., págs. 224/225.

da unidade do crime (teoria monista) agasalhado pelo Código no art. 29, *caput*: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Havendo, assim, concurso de pessoas, todos os participantes (autor, co-autores e partícipes) respondem pelo mesmo crime. O princípio, como afirmou-se algures, constitui corolário da teoria da equivalência das causas (*conditio sine qua non*) acolhida quanto ao nexo de causalidade. E completa-se pela disposição do art. 30, por meio da qual comunicam-se entre os diversos agentes as elementares, sejam elas de ordem objetiva ou subjetiva. Vale dizer, se o fato delituoso tem modificada a sua qualificação legal para um dos concorrentes, a desclassificação alcançará a todos os demais participantes.

O rigor do princípio, entretanto, foi mitigado pelo legislador de 1984, como adiante será exposto.

9. Autoria mediata

Como assinalou-se algures (item nº 3.4, *supra*), autor não é apenas aquele que realiza, diretamente, a conduta expressa pela verbo núcleo do tipo (executor material); é também aquele que a realiza por intermédio de outrem, que atua sem culpabilidade.

Com efeito, na pluralidade de agentes pode existir pessoas que não praticam o fato culpavelmente. Considere-se a hipótese de um sujeito que consiga que outra pessoa, levada a erro de tipo essencial, pratique determinados atos, imprescindíveis à conduta criminosa, como no clássico exemplo da enfermeira que, levada a erro pelo médico, e por ordem deste, ministra ao paciente um veneno, supondo-o medicamento. Responsável seria unicamente o médico, idealizador do crime, como, aliás, dispõe o § 2º, do art. 20 do nosso Código Penal. A esta situação, como em todos os numerosos casos em que o executor atua sem culpabilidade, dá-se o nome de autoria mediata. Tal denominação recebe a crítica de Soler,⁽⁴²⁾ pois confere a impressão de exigir um autor imediato punível, quando, em verdade, o executor não responde pelo crime. Todavia, segue chamando a doutrina de autor mediato aquele que se serve de alguém que, não culpável, lhe realiza, total ou parcialmente, o fato delituoso desejado.

A denominada autoria mediata consiste, pois, em praticar o sujeito um crime valendo-se de um executor não culpável, e pode decorrer:

a) da ausência de capacidade penal: casos do menor ou do doente mental inimputáveis, que são induzidos ou a quem se determina a prática de um crime;

(42) SEBASTIAN SOLER, “Derecho Penal argentino”, Buenos Aires, IEA, 1978, t. 2, pág. 258, *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, “Direito Penal”, 1º vol., Ed. Saraiva, 21ª ed., 1998, pág. 412.

b) de coação moral irresistível: em que o executor pratica o fato com a vontade submissa à do coator;

c) de erro de tipo escusável determinado por terceiro: em que o executor comete o fato induzido a erro essencial sobre elemento do tipo, que exclui a tipicidade, pela ausência de dolo ou de culpa;

d) de obediência hierárquica.

Em todas as hipóteses, a despeito da pluralidade de pessoas, não há concurso de agentes, pertencendo a ação delituosa integralmente a quem se serve do executor não culpável, que atua como mero instrumento. "O domínio final do fato", escreve Fragoso, "pertence integralmente a quem indireta ou mediatamente realiza a conduta típica. E é autor do crime e não participe".⁽⁴³⁾ Assim também se pronuncia Dotti, para quem "a nota marcante da autoria mediata consiste em que o domínio do fato pertence exclusivamente ao autor e não ao executor (autor imediato) o qual não detém o domínio da ação e, conseqüentemente, do fato".⁽⁴⁴⁾

Insta considerar, outrossim, que a autoria mediata não se confunde com a situação do agente que se vale de um irracional para a prática de um delito (caso do indivíduo que açula um cão bravo contra o desafeto), pois a autoria mediata pressupõe pluralidade de pessoas. Tampouco se equipara a autoria mediata a hipóteses de coação física irresistível. Na situação de *vis absoluta* não ocorre a liberdade psíquica ou física. Não há vontade integrante da conduta, pelo que não existe o próprio comportamento, primeiro elemento do fato típico. O coagido não pratica o crime por ausência de conduta, aplicando-se o disposto no art. 13, *caput*, do Código Penal.

10. Concurso de pessoas em crimes culposos

Admite-se o concurso de pessoas em crimes culposos. Nestes, a vontade do agente dirige-se ao comportamento, e não ao resultado (que é involuntário). Assim, havendo um vínculo psicológico entre os vários agentes, para a prática da conduta, concorrem eles para a produção do resultado se obriarem, cada qual, com culpa em sentido estrito. É o caso do clássico exemplo de dois obreiros que, imprudentemente, lançam uma tábua do andaime, vindo a atingir um transeunte.

Mirabete, com apoio em farta doutrina, escreve que "o concurso de agentes no crime culposo difere daquele do ilícito doloso, pois se funda

(43) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob cit., pág. 254

(44) RENÉ ARIEL DOTTI, "O concurso de pessoas", Ciência Penal, vol. 1, Ed. Forense, 1981, págs. 87/88, *apud* JULIO F. MIRABETE, ob cit., pág. 234.

apenas na colaboração da causa e não do resultado (que é involuntário). Disso deriva a conclusão de que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado, não se podendo falar em participação em crime culposos. Nessas hipóteses há sempre co-autoria porque os concorrentes realizam a conduta típica, concretizam o tipo pela inobservância do dever de cuidado, não praticando simplesmente uma conduta que, em si mesma, seria penalmente irrelevante".⁽⁴⁵⁾

Também haverá co-autoria entre o motorista que dirige em velocidade excessiva e o passageiro que o instigou a tal, causadores ambos de lesões corporais ou morte decorrentes das condutas imprudentes.

Os partidários da teoria do domínio do fato (quanto à autoria) sustentam que, nos crimes culposos, como o resultado não é perseguido pela finalidade, constituindo produto do comportamento que descumpre o dever de cuidado, não se pode falar em domínio do fato e, conseqüentemente, em autor, co-autor e nem em participe. São todos, então, causadores. Discorrendo sobre a questão, conclui Pierangeli que "em tema de crime culposos não se estabelece qualquer diferença entre autoria e participação, sendo que todos os que participam, de algum modo, ainda que estimulando apenas a conduta imprudente do condutor do veículo, são, tanto aqueles, como este, causador, devendo receber sua pena como se autores fossem, e não serem beneficiados pela menor reprovabilidade que incide sobre a conduta dos partícipes. Dessarte, qualquer intervenção no curso causal, constitui autoria".⁽⁴⁶⁾

Ainda sobre o tema, insta distinguir entre o concurso de agentes em crime culposos e a concorrência de causas (ou de culpas). Nesta, duas ou mais pessoas contribuem para o resultado sem que haja o conhecimento por qualquer delas de que está colaborando na conduta de outrem. É a hipótese de dois motoristas que, atuando com imprudência, provocam uma colisão de veículos de que resulta a morte de terceiro. Inexistindo o vínculo psicológico na conduta, não há falar em concurso de agentes, mas em culpas concorrentes.

11. Concurso de pessoas em crimes omissivos

A co-autoria em crimes omissivos próprios (ou puros) não é admissível. Assim, se dois indivíduos deixam de prestar socorro a uma pessoa ferida, podendo cada qual fazê-lo sem risco pessoal, cometerão ambos o crime de omissão de socorro, isoladamente, não se caracterizando a co-autoria. É que cada um dos agentes, não cumprindo o dever jurídico de agir, é, por sua própria conduta, autor.

(45) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob cit., pág. 235

(46) JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, artigo citado, págs. 307-309

De outro lado, porém, a doutrina admite o concurso de agentes em crimes omissivos próprios (ou puros), sob a modalidade de participação. Assim, escreve Frederico Marques, “o indivíduo que deixa de fazer *quod debeat*, por instigação de terceiro, comete um crime omissivo, com a participação deste”.⁽⁴⁷⁾ É clássico o exemplo, lembrado por vários autores,⁽⁴⁸⁾ do paciente que convence o médico a não comunicar à autoridade competente a moléstia de que é portador, e cuja notificação é compulsória. Então a conduta do paciente, que induz ou instiga o médico a omitir-se, é concebida como participação no crime próprio. Mas, como adverte Damásio,⁽⁴⁹⁾ a participação, aqui, se dá não por omissão, mas por ação.

Mas é também possível a participação por omissão. Nesse caso, contudo, é necessário que o comportamento negativo constitua infração ao dever jurídico de evitar o resultado lesivo. Se o omitente possui o dever jurídico de impedir o evento, violando essa sua obrigação, concorre para a sua produção, tornando-se partícipe. Assim, por exemplo, o empregado que, devendo fechar a porta do estabelecimento comercial, não o faz para que terceiro possa, mais tarde, praticar uma subtração, torna-se partícipe do furto, em decorrência do não cumprimento do dever de impedir a subtração. Mas, insista-se, a participação por omissão somente se verifica quando existir o dever jurídico de impedir o crime. Inexistente esse dever jurídico de impedir a produção do resultado lesivo, não há falar em participação por omissão. A simples convivência não é punível.

Não é só, porém. Mais que a simples eficácia causal da omissão, exige-se que concorra o elemento subjetivo da participação. Por outras palavras, faz-se mister que o partícipe omissivo adira à vontade do autor principal (executor material) do crime. Faltando a vontade de colaborar ou cooperar no fato, não pode este ser imputado ao omitente. Nesses casos, ou a omissão constitui delito, por si só, ou é penalmente irrelevante.

Em suma, para que a participação por omissão ganhe relevância jurídico penal é necessária a concorrência de três requisitos: a) o nexo de causalidade objetivo entre a omissão do partícipe e o crime praticado pelo autor principal; b) o dever jurídico do partícipe de impedir a prática do delito; c) o vínculo subjetivo do partícipe em relação ao comportamento do autor principal.

(47) JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., pág. 419.

(48) E. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 221; JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 234; DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit., pág. 432.

(49) DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit., pág. 432.

12. Punibilidade no concurso de pessoas

Como ficou assentado (item nº 4.4, *supra*), o nosso Código adotou o princípio da unidade do crime (teoria monista) ao dispor, no art. 29, *caput*: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Havendo, assim, concurso de pessoas, todos os participantes (autor, co-autores e partícipes) respondem pelo mesmo crime. O princípio, como então afirmou-se, constitui corolário da teoria da equivalência das causas (*conditio sine qua non*), acolhida quanto ao nexo de causalidade (CP, art. 13, *caput*). Todavia, e como também já ficou assentado (itens nºs 3.4 e 5, *supra*), inspirou-se o legislador de 1984 na teoria restritiva da autoria (formal-objetiva), distinguindo entre autor e partícipe; e mitigando o rigorismo do princípio unitário, condicionou a punição de cada concorrente, à sua culpabilidade, acrescentando, na parte final do citado art. 29, *caput*, a expressão “na medida de sua culpabilidade”.

Ora, tal disposição reduz, em muito, o rigor do princípio unitário do crime, evidenciando a opção do legislador pela punição dos diversos agentes do mesmo fato (autor, co-autores e partícipes), segundo o grau de reprovabilidade de seus comportamentos individuais. Assim, embora respondam, todos, pelos mesmo crime (porque o delito é um todo indivisível), implicando em uma identidade abstrata de punição; permite-se ao julgador concretizar a pena consoante a gravidade do atuar individual de cada um dos concorrentes. Na aplicação da pena, deve, pois, o juiz, ter em consideração o grau de censurabilidade do comportamento individual de cada concorrente, sem atentar para a culpabilidade dos demais.

Assim já proclamava Maurach: “sempre que sejam vários os que tenham participado do fato, cada um deve ser castigado de acordo com sua culpabilidade, sem atender à culpabilidade do outro”.⁽⁵⁰⁾

12.1 Participação de menor importância

À ressalva legal de que se atenderá, na aplicação da pena, à culpabilidade de cada um dos agentes, soma-se a disposição do § 1º, do art. 29, que institui uma causa geral de diminuição da pena para as hipóteses de participação de menor importância: “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. Trata-se de inovação do legislador de 1984, que conferiu maior amplitude à participação de menor relevo, tratada na Parte Geral de 1940, como mera circunstância atenuante (CP de 1940, art. 48, inciso II). É que, como bem

(50) REINHART MAURACH, “*Tratado de Derecho Penal*”, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 2, pág. 398, *apud* DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit., pág. 426.

observa Silva Franco, “cuida-se, agora, de uma causa redutora de pena que permite a determinação da sanção punitiva aquém do mínimo legal cominado para a figura típica infringida”⁽⁵¹⁾

Discordam os doutrinadores quanto à natureza da disposição. Sobre ela escreve Pierangelli: “cuida-se aqui, evidentemente, de uma diferenciação quanto ao injusto, e não da culpabilidade, vez que aquilo que se refere à culpabilidade já foi considerado no art. 29, *caput*. Ademais, é irretróquível a conclusão de que a importância da participação constitui um problema de grau do conteúdo do injusto do fato”⁽⁵²⁾ De sua vez, sustenta Damásio, que o dispositivo “é consequência do princípio segundo o qual a punibilidade dos participantes é determinada de acordo com sua culpabilidade, tomada no sentido de reprovabilidade social”⁽⁵³⁾ Assim também se manifesta Mirabete, para quem a disposição se insere “na linha de verificação da culpabilidade”⁽⁵⁴⁾ Esse, também, é o pensar de Silva Franco, segundo quem, “o legislador entendeu que a participação de menor importância contém em si a revelação de uma culpabilidade menos expressiva e, por isso, autorizou a redução punitiva”⁽⁵⁵⁾

Importa considerar, contudo, que a expressão “participação de menor importância” refere-se ao grau de contribuição do partícipe para a produção do resultado típico. E só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Por outras palavras, reconhece-se a causa de diminuição da pena somente quando, excluída, hipoteticamente, a concorrência do partícipe, ainda assim o crime se realizaria, embora não pela forma como se verificou. Por isso diz Pierangelli que “a participação de menor importância, que permite a redução da pena, só pode ser a cumplicidade simples, ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não prestada, não impediria a realização do crime”⁽⁵⁶⁾ No mesmo sentido é o magistério de Mirabete.⁽⁵⁷⁾ De sua vez, escreve Damásio que a expressão “participação de menor importância” refere-se à contribuição prestada pelo agente à eclosão do resultado. “Assim, a redução de um sexto a um terço deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do partícipe na prática delituosa: quanto mais a conduta

(51) ALBERTO SILVA FRANCO e outros, ob. cit., pág. 469

(52) JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, artigo citado, pág. 311

(53) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., pág. 426

(54) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 238

(55) ALBERTO SILVA FRANCO e outros, ob. cit., pág. 469

(56) JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, artigo citado, pág. 311

(57) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 238

se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quanto mais distante do núcleo, menor deverá ser a resposta penal”⁽⁵⁸⁾

Divergem também os autores quanto à obrigatoriedade da redução. Mirabete, amparado no magistério de Dotti, afirma que trata-se de mera faculdade do juiz, que poderá deixar de aplicá-la, “mesmo convencido da apoucada importância da contribuição causal para o delito”⁽⁵⁹⁾ Esse também é o pensar de Da Costa Júnior, citado por Pierangelli,⁽⁶⁰⁾ que, de sua vez, proclama a obrigatoriedade da redução. Assim também se posicionam Silva Franco⁽⁶¹⁾ e Celso Delmanto, segundo quem, “cabe ao juiz, em face dos elementos de prova, apreciar se a participação foi ou não de menor importância. Todavia, se entender que tal contribuição foi de pouco relevo, não poderá, arbitrariamente, deixar de reduzir a pena dentro dos limites que a lei permite, pois se trata de direito público subjetivo do réu”⁽⁶²⁾ No mesmo sentido escreve Damásio: “a redução da pena, presente a circunstância exigida, é obrigatória. A faculdade, indicada pela expressão ‘pode’, diz respeito ao *quantum* da diminuição”⁽⁶³⁾

12.2 Cooperação dolosamente distinta

Por derradeiro, o princípio unitário do crime é afastado quando se verificar um desvio subjetivo entre os vários participantes do fato delituoso. Ocorre este quando o autor principal executa um crime mais grave do que o desejado pelo partícipe. É o que a doutrina chama de cooperação dolosamente distinta, e que resulta na quebra da identidade de fato para todos os concorrentes, consoante a disposição do § 2º, do art. 29 do Código Penal: “se algum dos concorrentes quis participar de um crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Cuida-se, mais uma vez, de inovação do legislador de 1984. Sob a égide do Código de 1940, a cooperação dolosamente distinta era equacionada de maneira pouco aceitável. Impunha-se ao partícipe responsabilidade pelo crime mais grave cometido pelo autor, sem se questionar sobre seu elemento subjetivo. Debitava-se, então, ao partícipe, o *plus* com base na mera

(58) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., p. 426

(59) RENÉ ARIEL DOTTI, “O concurso de pessoas”, *Ciência Penal*, vol. 1, Ed. Forense, 1981, pág. 102, *apud* JULIO F. MIRABETE, ob. cit., pág. 238

(60) PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, “Comentários ao Código Penal, Parte Geral”, Ed. Saraiva, 1986, vol. I, pág. 233, *apud* JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, artigo citado, pág. 312

(61) ALBERTO SILVA FRANCO e outros, ob. cit., pág. 469

(62) CELSO DELMANTO, “Código Penal comentado”, Ed. Renovar, 3ª ed., 1991, pág. 56

(63) DAMÁSIO E DE JESUS, ob. cit., pág. 426

causalidade material. Admitia-se, apenas, uma atenuação da pena que, entretanto, encontrava como barreira, o mínimo legal cominado para o crime cometido pelo autor (CP de 1940, art. 48, parágrafo único). Tratava-se, em verdade, de uma forma de responsabilidade objetiva, e que mereceu severas críticas da doutrina. Aliás, ainda sob a vigência dessa disposição, já se sustentava que não se poderia atribuir o evento mais grave ao partícipe quando estivesse ele completamente alheio ao desdobramento causal previsível.

A nova disposição consagra, formalmente, a necessidade de se ajustar a sanção conforme o elemento subjetivo do crime, e a culpabilidade de cada participante, de sorte que o partícipe responde pelo seu próprio dolo, e não pelo fato praticado pelo autor principal.

Considere-se, então, o exemplo sempre citado pelos doutrinadores: A planeja um furto a ser executado por B, em residência cujos moradores saíram em viagem. B, ao penetrar na residência depara com um imprevisto vigia e pratica violência contra este para realizar a subtração. Conforme a disposição em estudo, A responde por crime de furto, já que pretendia o delito menos grave. Se, entretanto, fosse previsível para A a presença do vigia, a ele ainda será imputada a prática do furto, mas a pena deverá ser aumentada até a metade.

Como escreve Mirabete, "o art. 29, § 2º, consagra o princípio da individualização da pena no concurso de pessoas, ao determinar que cada concorrente é responsável de acordo com o elemento subjetivo (dolo), e também não descarta do princípio da proporcionalidade ao prever o aumento da pena quando, além do dolo referente ao crime menor, há um desdobramento psicológico da conduta do partícipe quanto à previsibilidade da realização do crime mais grave (culpa)".⁽⁶⁴⁾

Tenha-se presente, todavia, que o texto legal cogita da previsibilidade em relação ao resultado mais grave, e não da hipótese de previsão desse resultado e de sua aceitação como possível. Quando o crime mais grave, embora não desejado, é previsto e aceito pelo partícipe, responde ele por esse ilícito a título de dolo eventual.

Sobre o tema resta ainda considerar o argumento de Damásio no que diz respeito à hipótese de excesso de mandato. Suponha-se que A determine a B que aplique uma surra em C, seu desafeto. C, obrando com intensa violência, causa a morte de C. Segundo o raciocínio do ilustre Professor, A deveria responder, segundo a disposição do art. 29, § 2º, pelo

(64) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob cit., pág. 237

crime de lesão leve, com a pena agravada até a metade, o que lhe parece "uma solução estranha".⁽⁶⁵⁾ Mirabete, entretanto, refuta a solução. Escreve que "em caso de mandato para um delito de lesão corporal que vem a causar a morte da vítima, havendo previsibilidade quanto ao resultado mais grave, responderão mandante e executor pelo crime de homicídio preterdoloso e não pela simples lesão corporal com pena agravada de metade".⁽⁶⁶⁾ Assim também se pronuncia Silva Franco, posto que, filiando-se à teoria do domínio final da ação, considera que "o mandante da agressão não se ajusta ao papel de partícipe e, na medida em que conserva, em suas mãos, o comando da ação criminosa (poderia, em tese, sustá-la a qualquer momento), é também autor, tal como o executor, de modo que um e outro seriam puníveis como co-autores de lesão corporal seguida de morte".⁽⁶⁷⁾

12.3 Circunstâncias comunicáveis e incommunicáveis

Ainda no estudo da punibilidade no concurso de pessoas, cabe considerar a disposição do art. 30 do Código Penal: "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Circunstâncias, leciona Damásio, "são dados acessórios (acidentais) que, agregados ao crime, têm função de aumentar ou diminuir a pena".⁽⁶⁸⁾ Não integram a figura delitiva, mas afetam a sua gravidade. Classificam-se em objetivas (ou reais), quando se relacionam com os meios e modos de realização do delito, tempo, ocasião, lugar etc.; e em subjetivas (ou pessoais), quando dizem respeito à pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, desconhecimento da lei, confissão espontânea etc. Condições pessoais expressam as relações do agente com a vida exterior, com outros seres, e com as coisas (menoridade, reincidência, estado civil, profissão, emprego etc.).

Nos termos da lei, as condições e circunstâncias pessoais não se comunicam entre os co-autores e partícipes. Assim, cada sujeito responderá pelo fato delituoso consoante as suas condições pessoais (menoridade, reincidência, parentesco etc.) e circunstâncias subjetivas (motivo fútil, de relevante valor social ou moral etc.).

Todavia, quando tais circunstâncias ou condições constituírem elementares do crime, haverá a comunicabilidade entre os diversos

(65) DAMÁSIO E DE JESUS, ob cit., pág. 427.

(66) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob cit., pág. 237.

(67) ALBERTO SILVA FRANCO e outros, ob cit., pág. 475.

(68) DAMÁSIO E DE JESUS, ob cit., págs. 432-433.

participantes. Nessa situação, não há, em verdade, falar em circunstâncias, mas sim elementos que integram, necessariamente, a figura delitiva; fazem parte do tipo penal. É o caso, por exemplo, daquele que auxilia o funcionário público a cometer um peculato, e que responderá por este crime, embora não exerça a função pública. A comunicabilidade, em casos que tais, decorre do princípio da unidade do crime (teoria monista).

Determinando a lei a incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal, extrai-se, *a contrario sensu*, a comunicabilidade das de caráter objetivo. Essa comunicabilidade das circunstâncias objetivas (reais) era interpretada, sob o império do Código Penal de 1940, como incondicional, isto é, fossem ou não conhecidas de todos os concorrentes. A tese, sustentada com vigor por Nelson Hungria,⁽⁶⁹⁾ implicava em caso de responsabilidade penal objetiva, gerando acesa polêmica entre os doutrinadores. A questão acha-se, hoje, superada em face da interpretação sistemática do disposto no art. 30 e no art. 29, *caput*, parte final, e seu § 2º, do Código Penal. Assim, à luz dos princípios acolhidos pela reforma de 1984, a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, aí considerada a presença de dolo ou culpa. Assim, as circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe, se houverem integrado o dolo ou culpa do seu atuar; vale dizer, somente quando ingressaram na esfera de seu conhecimento.

Por idênticas razões, as circunstâncias e condições de caráter pessoal (subjetivas) que constituam “elementares” do crime, somente se comunicam quando conhecidas do partícipe. Aquele que auxilia o funcionário na subtração do bem móvel da Administração, responderá apenas por furto comum, e não por peculato-furto se desconhecer a qualidade pessoal do co-autor. Nesta situação, incide a disposição do art. 29, § 2º, porque o *extraneus* queria participar de um crime menos grave.

12.4 Impunibilidade

Como corolário da regra geral de que não há fato punível se não se verificar, ao menos, o começo da execução (CP, art. 14, inciso II), prescreve o art. 31 do Código Penal que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

O dispositivo, como afirmou-se algures (item nº 6, *supra*), evidencia a aceitação, pelo Código, da teoria da acessoriedade da participação. Com efeito, os atos de participação, por não integrarem elemento algum da

(69) NELSON HUNGRIA, “Comentários ao Código Penal”, Ed. Forense, 5ª ed., 1977, v. 1, t. 2, pág. 436, *apud* DAMÁSIO E DE JESUS, *ob. cit.*, pág. 435.

figura típica, não são puníveis por si mesmos. A sua punibilidade não deixa de ser uma acessão à punição do fato do autor ou executor. Assim, não há falar em participação, e conseqüentemente em punibilidade do partícipe, sem que haja um comportamento principal, sem que alguém realize atos de execução do crime.

Mas o art. 31 em estudo ressalva disposição expressa em contrário, referindo-se às hipóteses em que a instigação, a determinação o ajuste etc., são puníveis como delitos autônomos, isto é, quando constituam, de per si, fatos típicos, como ocorre nos crimes dos arts. 122, 227, 228, 248, 286 e 288, todos do Código Penal.

12.5 Circunstâncias agravantes

Conforme já assentou-se (item nº 12, *supra*), a disposição do art. 29, *caput*, do Código Penal, evidenciou a opção do legislador pela punição dos diversos agentes do mesmo fato (autor, co-autores e partícipes), segundo o grau de reprovabilidade de seus comportamentos individuais. Assim, embora respondam, todos, pelos mesmo crime (porque o delito é um todo indivisível), implicando em uma identidade abstrata de punição; permite-se ao julgador concretizar a pena consoante a gravidade do atuar individual de cada um dos concorrentes. Na aplicação da pena, deve, pois, o juiz, ter em consideração o grau de censurabilidade do comportamento individual de cada concorrente.

Esse grau de censurabilidade extrair-se-á das circunstâncias em que realizados os diversos comportamentos. Desse modo, se, de um lado, a participação de menor relevância ganhou a condição de causa redutora da pena (CP, art. 29, § 1º), de outro, em pólo oposto, diversas circunstâncias relativas ao concurso de pessoas ensejam o aumento da carga punitiva. Tais são aquelas elencadas no art. 62 do Código Penal:

“A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais;

II – coage ou induz outrem à execução material do crime;

III – instiga ou determina a cometer crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”

A agravante prevista no inciso I alcança a figura principal responsável pelo fato punível. “Promove a cooperação no crime”, leciona Damásio, “quem tem a idéia da prática criminosa e a iniciativa de sua

realização. É o autor intelectual. Organiza a cooperação no crime quem, com antecedência, elabora o plano de atividade, de forma que cada um encontra no programa a eficácia da empresa delituosa. Dirige a atividade dos demais agentes aquele que articula e fiscaliza a empresa, controlando a sua execução".⁽⁷⁰⁾ Justifica-se a agravante, como escreve Mirabete, para "punir mais severamente o organizador, o chefe, o líder, o 'cabeça pensante' do delito, mais perigoso por ter tomado a iniciativa do fato e coordenado a atividade criminosa. Não se caracteriza a agravante com o simples conselho, convite ou exortação, dependendo ela da efetiva ascendência e atuação do agente como artífice intelectual. Também não ocorre a exasperação da pena quando não houve qualquer ajuste prévio de modo a poder-se distinguir a submissão da vontade de um em relação ao outro co-autor".⁽⁷¹⁾

Trata o inciso II de exasperar a pena daquele que coage ou induz outrem à execução do crime. "A coação", leciona Aníbal Bruno, "pode se dar por ameaça ou violência física, que pode chegar, na *vis absoluta*, a excluir totalmente a responsabilidade do executor, ao qual não se pode atribuir nem a vontade, nem sequer a própria ação".⁽⁷²⁾ Ora, a coação, por si só, já é infração penal, por tolher a liberdade individual (CP, art. 146), razão pela qual a lei trata mais severamente aquele que, mediante violência ou ameaça, obriga a prática do crime. E, inexistindo, no texto, qualquer distinção, incidirá a agravante, que seja a coação irresistível, que não. Na primeira hipótese (coação irresistível), o coacto não é responsabilizado (CP, art. 22). Tratando-se de coação resistível, o coagido vê-se beneficiado por uma circunstância atenuante (CP, art. 65, inciso III, letra "c").

Sobre o induzimento já comentamos, ao cuidar da participação moral (item nº 7.1, *supra*), cabendo apenas acrescentar, aqui, que tal agravante inexistia no Direito anterior, esclarecendo a Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84, que a sua inclusão procurou estabelecer um paralelismo com os elementos do tipo do art. 122 (E.M. da Parte Geral de 1984, item nº 53).

No inciso III a lei reserva maior severidade na pena ao agente que usa da autoridade que mantém em relação ao executor material do crime. Autoridade, aqui, é a pública ou privada, podendo derivar de relações de parentesco, religião, trabalho etc., desde que a obediência, o respeito ou o temor possam levar o instigado a ceder. Pune-se, igualmente, com maior

(70) DAMÁSIO E. DE JESUS, ob. cit., pág. 424.

(71) JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., pág. 302.

(72) ANÍBAL BRUNO, "Direito Penal, Parte Geral", 4ª ed., vol. III, pág. 131, *apud* ALBERTO SILVA FRANCO e outros, ob. cit., págs. 1/017.

rigor, aquele que instiga pessoa penalmente incapaz à prática do crime, afinal, quem se aproveita das anomalias ou dos *deficits* mentais alheios, revela maior periculosidade. Todavia, na hipótese de não-punibilidade do executor configura-se, no mais das vezes, não um concurso de agentes, mas uma situação de autoria mediata.

Finalmente, no inciso IV, cuida o Código de punir mais rigorosamente o delinqüente mercenário. A circunstância põe em evidência a periculosidade do agente, a sua insensibilidade e baixa condição moral, a vileza de caráter, que demandam uma resposta mais severa do Direito. E a pena se agrava não apenas pelo prévio recebimento do preço ou qualquer outra vantagem pelo crime, mas também pelo proveito em expectativa.

BIBLIOGRAFIA

- Delmanto, Celso "Código Penal comentado", 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- Fragoso, Heleno Cláudio "Lições de Direito Penal", A Nova Parte Geral, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- Franco, Alberto Silva e outros. "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial", vol. 1, tomo I, Parte Geral, 6ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1997.
- Jesus, Damásio Evangelista de "Direito Penal", 1ª vol., Parte Geral, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- Marques, José Frederico "Tratado de Direito Penal", vol. II, 1ª ed., Campinas, SP: Bookseller, 1997.
- Mirabete, Julio Fabbrini "Manual de Direito Penal", Parte Geral, vol. 1, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- Noronha, Edgard Magalhães "Direito Penal", vol. 1, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982.
- Pierangelli, José Henrique. "O concurso de pessoas e o novo Código Penal" Revista dos Tribunais, vol. 680, pág. 292 e segs. São Paulo: Ed. RT, 1992.